

INFORME EN DERECHO SOBRE DISCRECIONALIDAD DEL GASTO PUBLICO (1992)

La Constitución de 1980 tiene incorporados preceptos que limitan exhaustivamente la discrecionalidad administrativa, cuando se trata de gastos públicos.

Los Artículos 60 Nos. 7 y 9, 62 incisos segundo y tercero y 64 inciso cuarto reflejan la intención del constituyente de someter todo gasto público a una previa autorización legal.

El fundamento del marco estricto antedicho que concreta el principio de la legalidad del gasto público, de vigencia universal en un Estado de Derecho, deriva en que el Gobierno es un simple administrador que aún cuando goza de facultades muy amplias, éstas le están limitadas como a todo administrador: "de allí deriva que el propietario de los fondos públicos (el pueblo) tenga el derecho de vigilar que su apoderado (el gobierno) se mantenga dentro de los límites estrictos del poder otorgado (por medio de leyes) y dentro de ello desarrolle una buena gestión del negocio encomendado" (Bello, Dr. Leopoldo J. Control Fiscal Tomo 2°, pág. 6, 1959. Caracas).

El informe que sigue se refiere precisamente al desarrollo de estos principios, en un análisis profundo de los preceptos constitucionales referentes a la administración financiera y presupuestaria del Estado, todo ello en vistas a la posibilidad de modificar, sin ley, los medios incluidos en las glosas presupuestarias.

INFORME

Se me ha pedido un informe acerca de las siguientes materias:

- 1) Si el ejecutivo puede sin ley, exceder el total de gastos autorizados en la ley de presupuestos, en el evento de que se produzcan mayores ingresos que los estimados en igual ley.
- 2) Si puede, de la misma manera, modificar los montos incluidos en las glosas, presupuestarias, o si éstos sólo pueden disminuirse o incrementarse por ley.
- 3) Si se ajusta al artículo 61 de la Constitución Política la glosa número 7, contemplada en la Partida Tesoro Público Operaciones complementarias, en el subtítulo 25, Item 33, asignación 104 de la Ley de Presupuestos para el año 1992, que lleva el número 19.103, que permite al Ministerio de Hacienda aumentar los aportes a los Servicios Públicos.

Para el estudio de estas interrogantes dividiré la exposición de la siguiente manera:

La Legalidad del Gasto Público y su Control Jurídico.

- I. Antecedentes.
- II. El Acto Administrativo sobre Gasto Público.

Preceptiva Constitucional y Legal.

- I. Constitución de 1980.
- II. Ley de Administración Financiera del Estado.

Conclusiones.

LA LEGALIDAD DEL GASTO PUBLICO Y SU CONTROL JURIDICO

I. ANTECEDENTES

El principio de que todo gasto público debe encontrarse autorizado en la ley y la existencia de un sistema de control contable y, luego, jurídico de la procedencia del gasto, tienen una larga tradición en la historia del Derecho Chileno. Desde luego cabe recordar, remontándose sólo a la Constitución de 1833, que en el artículo 155 de esta Carta se precipitaba ya, que *"ningún pago se admitirá en cuenta a las tesorerías del Estado si no se hiciese en virtud de un decreto en que se exprese la ley o la parte del presupuesto en que se autoriza aquel gasto"*.

El 18 de Mayo de 1839 el Gobierno del Presidente Prieto promulgó una Ordenanza que creó algunos organismos que funcionaron durante varios decenios y que constituyeron la primera expresión orgánica de nuestra Hacienda Pública. El órgano que interesa aquí fue la Contaduría Mayor que tenía la facultad *de tomar razón* de las leyes, decretos, reglamentos, presupuestos de gastos y resoluciones administrativas que comprometieran fondos públicos o que tuvieran alguna relación con fondos del Estado. En caso que dichos decretos o resoluciones no estuvieran de acuerdo *con las normas legales*, debía presentarlos ante el Ejecutivo, pero cuando el Presidente, por segunda vez, ordenaba su despacho, la Contaduría Mayor estaba obligada a tramitarlos, dando cuenta, eso sí, al Congreso, de su aprobación. Curiosamente, encontramos aquí la génesis del instituto que en nuestro tiempo se conoce como "decreto de insistencia".

La Ordenanza de 22 de Diciembre de 1875, gobierno del Presidente Errázuriz Zañartu, reorganizó las oficinas de la Hacienda Pública y creó diversas oficinas entre las que es del caso recordar la Dirección de Contabilidad General, cuyas tareas consistían en llevar las cuentas generales de la Hacienda Pública, revisando los balances y libros de cuentas de las Direcciones del Tesoro, de Impuesto y de Crédito Público y de las Tesorerías, Aduanas y demás oficinas fiscales. Se encargaba asimismo de llevar la cuenta de la deuda externa e interna del Estado; llevaba en forma separada la contabilidad legislativa y administrativa; formaba los presupuestos generales de entradas y gastos ordinarios y extraordinarios, y además, las cuentas generales de entradas y gastos, *debiendo incluirse en el presupuesto de gastos las que se hicieran en virtud de las leyes especiales y anteriores*

al presupuesto. Confeccionaba resúmenes de los valores existentes en las diversas oficinas fiscales y debía presentar un balance general, también mensual, sobre el estado de la Hacienda Pública; anotaba los decretos expedidos con cargo a las partidas variables del presupuesto y a las leyes especiales.

Esta ordenanza fue modificada por Ley de 20 de Enero de 1883, gobierno del Presidente Santa María, aplicando las facultades de la Dirección del Tesoro y de la Dirección de Contabilidad. Así, aquella le correspondía dirigir y supervigilar la recaudación que hacían las Tesorerías de las contribuciones y demás entradas nacionales y atender a la conservación y custodia de los fondos ingresados en las arcas fiscales, como asimismo a su distribución entre las diversas oficinas, según las necesidades del Servicio y su aplicación a satisfacer las obligaciones del Estado *con arreglo al Presupuesto de Gastos y a las leyes* que se dictaren después de promulgado aquél, o que no hubieren podido ser incluidas en el mismo. A la Dirección de Contabilidad se le entregaba, entre otras, las facultades de llevar anotación de los decretos que se expidieran con cargo a gastos variables *del Presupuesto o a las leyes especiales*; llevar cuenta general de la Hacienda Pública y hacer el balance anual de ella y preparar el presupuesto anual de los gastos que debe presentar cada Ministerio, de acuerdo con la Constitución Política.

Debo destacar que ya en esta legislación se preceptuó que en todo pago que se ordenaba hacer a las Tesorerías, debía ir indicada la *Partida del Presupuesto que ordenaba tal gasto y debía hacerse mediante decreto supremo.* En caso de no existir fondos en el ítem al cual se imputaba un determinado decreto, su tramitación era suspendida, haciéndose presente inmediatamente al Ministerio que expedía el decreto, la falta de fondos. De omitirse esta representación, será responsable el Director del Tesoro, si la inversión decretada debía imputarse a Partidas Variables del Presupuesto y no hubiere fondos destinados para ello. Las Tesorerías, en este mismo caso, podían también suspender la orden de pago impartida, dando aviso inmediatamente a la Dirección del Tesoro. Si se insistía la orden de pago impartida, la Tesorería debía cumplirla dando cuenta a la Dirección de Contabilidad. Desde ese momento, la responsabilidad que podía afectar a los funcionarios por el pago del decreto en cuestión, recaía exclusivamente en el Director del Tesoro.

Por ley de 20 de enero de 1888 se complementa el sistema de control recién descrito y se crea el Tribunal de Cuentas cuyo

Presidente, entre otras funciones, debió *tomar razón* de las leyes, decretos y demás disposiciones gubernativas y de las sentencias de los Tribunales en que tenía interés el Fisco; representar con previo acuerdo del Tribunal, al Presidente de la República, los nombramientos que hubieren recaído en personas legalmente inhabilitadas para ejercer cargos públicos; requerir a quien correspondiere para que las cuentas se presenten en los plazos prescritos por las leyes; y cuidar, bajo su responsabilidad, de representar al Presidente de la República *los decretos de pago que debieran objetarse* por no estar autorizados por la ley.

Por último, en esta etapa, conviene recordar que por Decreto Ley de 24 de Octubre de 1924 dictado por la Junta de Gobierno de la época, se encargó al Presidente del Tribunal de Cuentas y al Director General de Contabilidad que propusieran al gobierno un proyecto de reorganización de las oficinas de Hacienda que refundiera servicios similares que funcionaban separadamente y que hiciera más efectivo *el proceso de fiscalización* del ingreso e inversión de los fondos públicos. Este trabajo fue, en gran parte, utilizando por la misión Kemmerer de expertos económicos norteamericanos que terminó por proponer, entre otros, los proyectos de Ley Orgánica de Presupuestos que señalaba los métodos más adecuados para la formación del Presupuesto Nacional y fijaba la responsabilidad de su preparación y ejecución, y el que creaba la Contraloría General de la República.

Este proyecto en su artículo 8° establecía que la Contraloría será la Oficina Central de Contaduría, Fiscalización y Estadística del Estado y entre sus atribuciones mencionó las siguientes, para subrayar la importancia que, siguiendo la constante de la evolución histórica de nuestro Derecho Financiero, se asigna al control de los fondos y gastos públicos: Examinar los libros, cuentas y documentos de las Municipalidades; promulgación de las Ordenanzas que regulen el fin o aplicación de los gastos del Estado, *la legalidad de estos gastos*, la concesión e inversión de fondos para viáticos y, en general, todo lo referente a recepción, entrega e inversión *legal* de dineros o bienes del Estado; centralización y recopilación de las estadísticas oficiales; investigación en la organización administrativa, método y procedimiento en los Ministerios y demás Servicios Públicos.

Creación de la Contraloría General de la República. En ejercicio de las atribuciones que otorgaba la ley N° 4.113 y sobre la base del Proyecto elaborado por la Misión Kemmerer, fue aprobado el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de 26 de marzo de 1927,

que creó la Contraloría General de la República. Este texto reitera el principio de la *legalidad del gasto público* en su Título V y respecto de ello señala que todo pago deberá ser autorizado por el Contralor. Hace en seguida la debida distinción entre gastos fijos, o sea aquellos que están autorizados por leyes permanentes y que únicamente se harán en virtud de autorización del Contralor o del funcionario facultado expresamente por éste, y gastos variables, que se harán en virtud de decretos supremos dictados por el Ministerio respectivo, y autorizados por el Contralor, *quien deberá examinar el pago desde el punto de vista de su legalidad*, y, además, "deberá cerciorarse de que el gasto corresponde a necesidades efectivas y legítimas del Servicio y que está justificado por los antecedentes que se acompañan". Finalmente, se declara que la Dirección del Tesoro no podrá dar curso a ninguna orden de pago que no cumpla con los requisitos enunciados.

La estructura definitiva del órgano contralor lo dio el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 bis de 30 de Diciembre de 1927, gobierno de Ibáñez, que derogó el texto citado en el párrafo anterior, mejorando su preceptiva y que fue el antecedente, casi no modificado, del Decreto Ley 258 de 1932, durante muchos años Ley Orgánica de la Contraloría General. Estas regulaciones legislativas ampliaron el sistema de control jurídico del gasto público, estableciendo el proceso de refrendación de todos los Decretos Supremos y Resoluciones que ordenen pagos conforme a los ítems de gastos variables del Presupuesto o con cargo a leyes especiales. Son también esos textos, el antecedente inmediato tanto de la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, como de la consagración de este organismo como entidad constitucional en la Reforma de 1943 lo que fue mantenido en la Acta de 1980. *Recuérdese que la actual Ley Orgánica, la N° 10.336 de 29 de Mayo de 1952, que tuvo un texto refundido en 1964, es una ley de las llamadas orgánicas constitucionales, vigente de acuerdo a los preceptos de los artículos 87 y 5° Transitorio de la Constitución de 1980 y que su normativa no puede ser modificada sin el quórum que señala el art. 63 de la Carta Fundamental. Así, por lo demás, lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de noviembre de 1981, considerando 3°, Rol N° 4.*

Por lo relacionado recién, resulta importante establecer aquí, sin entrar aún en la preceptiva constitucional de 1980, que la mencionada actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República contiene en sus arts. 1°, 8°, 13°, 29°, 32°, 33° y 42°,

entre otros, un conjunto de preceptos que cautelan el control jurídico, verificación de la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración, específicamente de los gastos públicos. Conviene destacar aquí que en el proyecto de nueva Ley Orgánica de la Contraloría, remitido al Congreso Nacional por Mensaje de 8 de mayo de 1992, se ratifica esa preceptiva y en el art. 15 se expresa textualmente que sin perjuicio de la situación excepcional de emergencia que regula el N° 22 del art. 32 de la Constitución, "la Contraloría General *no tomará razón* de ningún decreto o resolución que disponga un gasto si éste no ha sido autorizado por la ley. Dichos decretos y resoluciones deberán indicar *precisamente* la imputación presupuestaria del egreso".

Util, además, es tener presente que en la *Ley Orgánica Constitucional* de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, de 5 de diciembre de 1986, se preceptúa en el art. 2° que "los órganos de la Administración del Estado someten su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y *no tendrán más atribuciones* que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico".

Podemos ya desprender de los Antecedentes que he resumido, algunas características de la evolución de nuestra constitucionalidad en materia de gastos públicos:

1. Resulta incuestionable que el Derecho Chileno buscó, desde los primeros años de nuestra vida independiente, someter a control y fiscalización el sistema de gastos fiscales;
2. Resulta, también, incuestionable, que con los años, se fue desarrollando y perfeccionando un cuadro de mecanismos destinados a asegurar la plena *legalidad* de todo gasto público;
3. Que de ello derivó la consagración de un sistema institucional de orden público de control de la juridicidad, constitucionalidad y legalidad, de todo acto de gobierno y de administración, *con especial énfasis en los que ordenan gastos del erario*; y
4. Que como lo muestran algunas tentativas que no prosperaron y que no es del caso tratar en este Informe, que pretendieron que el control jurídico se extendiera al mérito del gasto y la realidad de nuestro sistema de control de los actos de la Administración, se ha buscado conciliar el ejercicio de las atribuciones que competen al Presidente de la República con

el imperativo ético, republicano y propio de un Estado de Derecho, de *impedir o evitar la discrecionalidad y el voluntarismo* del Poder en la decisión de cómo y en qué gastar los fondos estatales. Esta es una constante en la evolución del Derecho en nuestro país y no puede ser olvidada por ningún intérprete, a riesgo de perderse en el juego de algunas preceptivas y perder de vista la finalidad y el objeto de las regulaciones institucionales.

II. EL ACTO ADMINISTRATIVO SOBRE GASTO PUBLICO

Desde el punto de vista del Derecho, y en esencia, los Decretos y Resoluciones que ordenan gastos públicos, son *actos administrativos* y ello implica que son la exteriorización de la competencia *expresamente prevista en la ley* por la cual un órgano público cumple las finalidades que le han sido encomendadas por el ordenamiento jurídico. La actuación del órgano público debe ser ejecutada en ejercicio de *una competencia o atribución legal*, requisito *esencial para constituir un acto administrativo, debido al principio de la habilitación legal previa*. Si este requisito esencial no se diere no estaríamos en presencia de un acto administrativo, sino que tendríamos una simple vía de hecho, dado que ni siquiera habría un acto administrativo nulo sino que, aún más, no habría acto administrativo alguno, conforme al artículo 7° de la Constitución. La exteriorización de la competencia o habilitación legal de una autoridad administrativa para ejecutar cualquier acto, y más aún cuando se trata de ordenar o proceder a un gasto de fondos fiscales, requiere de una "causa" que está constituida por los hechos que permiten expresar válidamente una competencia administrativa.

Es aquí, -en los hechos que permiten la emisión del acto- donde se puede apreciar la naturaleza de la potestad conferida *por la ley al Organo*; la descripción integral del hecho habilitante para la dictación del acto nos dirá por sí sola que nos encontramos frente a una *facultad o atribución reglada*; la mayor amplitud o generalidad en la descripción del hecho hará que la facultad legal sea más o menos *discrecional*. El problema está en dilucidar si los hechos habilitantes para la actuación de la competencia podrían o no ser íntegramente *discrecionales* o, por el contrario, *totalmente reglados*. No es posible, desde un punto de vista lógico, aún desde el más elemental que pudiera concebirse, que la ley no tenga algún tipo de descripción o algún indicador referente al

hecho o motivo que permita la activación de una competencia. Los hechos habilitantes como quiera que representan aspectos relacionados, aunque tan sólo sea de manera indirecta con la necesidad o cometido, para cuya satisfacción se otorga la competencia, deben estar, a lo menos, indicados en la ley; distinto es que la calificación o apreciación del mérito corresponda, con mayor o menor latitud, a la Administración.

El otorgamiento de una atribución o competencia en blanco, estando ausente del todo la indicación o determinación de un criterio que permita calificar jurídicamente al hecho habilitante para el ejercicio del poder, equivaldría a otorgar una atribución ilimitada o genérica al órgano administrador lo que violaría gravemente al principio constitucional que emana de sus artículos 6° y 7° que establece que las atribuciones de los órganos estatales, y particularmente de los administrativos, son restrictivas, que no se presumen y que, además, *requieren expresamente de una habilitación legal previa, específica.*

El acto administrativo que ordena o autoriza un gasto público, además de fundarse, por tanto, en un texto *expreso* y específico de la ley, está sometido, *para su existencia*, al cumplimiento del trámite de toma de razón en la Contraloría. Comparto, sobre la materia, la posición de los Profesores Soto Kloss y Caldera Delgado que este último relata en su obra -"Manual de Derecho Administrativo", págs. 118-119, Editorial Jurídica, 1979, cuando expresa: "En la doctrina nacional y a propósito de la toma de razón, un autor (ver Soto Kloss, Eduardo. "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República", publicado en el libro del Cincuentenario de la Contraloría General de la República, Impresora Camilo Henríquez Ltda., Santiago, año 1977, págs. 165 y siguientes) ha elaborado una interesante teoría que, a partir de la idea de procedimiento en la elaboración del acto administrativo, basándose en textos positivos, considera que dicho trámite de toma de razón forma parte del procedimiento de elaboración de acto administrativo controlado, el cual, consecuentemente, antes de ser cursado por la Contraloría General de la República sería solamente un proyecto de acto, lo que en su opinión, quedaría demostrado cuando se representa el acto, circunstancia que haría imposible su nacimiento. De acuerdo con la tesis señalada la toma de razón sería un trámite esencial integrante del procedimiento jurídico de elaboración del acto administrativo, circunstancia que la hace integrante del elemento formalidad, es decir, que la toma de razón sería una formalidad esencial del acto administrativo, sin cuya existencia no habría acto.

La sanción estaría representada por la inexistencia jurídica del acto.

Personalmente estimamos que la tesis indicada -que aceptamos en el presente trabajo- nos conduce, en primer término, a subsumir la idea de procedimiento en la formalidad, elemento del acto administrativo, y la toma de razón, al considerarse como un trámite de un procedimiento de elaboración del acto administrativo, sería una parte del acto en sí; todo ello tomando en consideración el hecho de que el acto o proyecto de acto -según la tesis comentada- tiene lugar en la Administración activa, y la toma de razón se origina en un órgano cuya finalidad esencial -para este caso- no es la de administrar sino la de controlar si el acto se encuentra o no circunscrito dentro del respeto a la juridicidad. Todo ello sin perder de vista que la Contraloría, por su independencia orgánica y funcional de "todo Ministerio", es independiente del Ejecutivo, tanto desde el ángulo de la jerarquía como, igualmente desde el de la tutela o supervigilancia. Luego ¿podría considerarse a la toma de razón como parte integrante del acto administrativo? La respuesta afirmativa emana natural y lógicamente de la gestación del acto administrativo dentro de un procedimiento señalado en la Constitución y en la ley".

Téngase, por tanto, presente en este Informe que todo gasto público es un acto administrativo, que por su naturaleza debe ser reglado, y por excepción discrecional, que sólo puede existir si hay facultad *expresa* y *específica* de la ley para decretarlo, ordenarlo y cumplirlo y si la Contraloría General de la República, en el trámite que corresponda, verifica su juridicidad conforme a su Ley Orgánica y a la Constitución. Y recuérdese aquí que la Ley de Presupuesto es una ley aprobada con quórum ordinario y no puede, por tanto, modificar, alterar o reducir las atribuciones que su Ley Orgánica entrega al órgano contralor.

PRECEPTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

I. CONSTITUCION DE 1980

La Carta de 1980 mantuvo en gran medida la preceptiva de la Constitución de 1925 en materia de Presupuesto fiscal, ingresos y gastos del Estado. Hay, sin embargo, algunas modificaciones que, en definitiva, acentúan la consagración constitucional del principio

de la legalidad del gasto público. Resumirá las principales disposiciones constitucionales sobre el tema:

- a) entre las materias del art. 60, las contenidas en los números 7, 8, 90 y 10 tienen directa vinculación con la legalidad de la administración financiera del Estado;
- b) el art. 61 contempla la delegación de facultades legislativas del Congreso en el *Presidente de la República*, para que éste dicte disposiciones con fuerza de ley y que puedan generar gastos públicos como en general sucede con la legislación resultante de este proceso. Aunque menos rígida respecto del contenido de la legislación que, conforme a este precepto, emane del Poder Ejecutivo, esta norma es muy similar a la del N° 15 del art. 44 de la Constitución de 1925, modificada en 1970. Sin embargo, *mantiene* la preceptiva según la cual la ley que otorgue esas facultades al *Presidente de la República señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación*. Esto implica que no es admisible una delegación de potestades para dictar disposiciones sobre materias que son propias de la ley en otra autoridad que no sea el Presidente de la República y tampoco es admisible una delegación *genérica* de facultades legislativas, general, que no señale, especial y concretamente las *materias o campos de acción legislativa, específicos, previstos por la Constitución*, ya que sólo alguna temática es materia de ley conforme al artículo 60 de la Carta. Si la presunta delegación es indeterminada, imprecisa, general y queda en su esencia, sometida a la discrecionalidad del Presidente de la República, la delegación sería nula conforme al art. 7° de la Constitución. No abundaré aquí en la gran importancia que el Congreso asignó a la designación específica de las materias sobre las que podría legislar el Presidente de la República durante la discusión de la Reforma de 1970 que, repito, en esta materia, es el antecedente necesario e indubitado del texto constitucional actual. En todo caso, los antecedentes pueden consultarse en Reforma Constitucional 1970, Eduardo Frei y otros autores, Editorial Jurídica, 1971.
- c) En el art. 62 se indican algunos *proyectos de ley* cuya iniciativa corresponde exclusivamente al Presidente de la República, entre las que se incluyen las que digan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado y *con las modificaciones a la Ley de Presupuestos*. Debo consignar una relevante modificación a la normativa similar

que contenía la Constitución de 1925 en su art. 45. Aquí se establecerá que *correspondía al Presidente de la República* la iniciativa de la *legislación* que propusiese suplementos a partidas o ítems de la Ley de Presupuestos. El texto actual somete a *ley*, de igual iniciativa *toda* modificación a la Ley de Presupuestos. En consecuencia, cualquier alteración, enmienda, o cambio de cualquiera de los elementos que configuran cada Ley de Presupuesto, sólo puede hacerse por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Además, siendo cada Ley de Presupuestos una ley periódica, de vigencia limitada, los textos que la modifiquen sólo pueden aplicarse a la ley enmendada y no pueden, por la naturaleza ésta, producir efectos permanentes o en otras leyes de Presupuesto si no son expresamente contempladas para cada texto legal anual.

- d) El art. 64 está dedicado al proyecto de ley de presupuestos de cada año. La Carta de 1980 destacó la importancia de ese ordenamiento que en la Constitución de 1925 figuraba entre una de las materias de ley. Conforme a este artículo el Congreso no podrá aumentar ni disminuir la estimación que el proyecto haga de los ingresos y sólo podrá *reducir* los gastos. Conviene advertir que esta normativa que implica que en lo único en que el Congreso tiene atribuciones constitucionales sobre el proyecto de Ley de Presupuesto es en la reducción de los gastos, obliga al intérprete en caso de cualquier controversia, a tener muy presente la trascendencia que tiene para los Congresales la vigencia de una *extremada legalidad* en las decisiones gubernativas sobre gastos públicos. Sobre todo cuando se eliminó en la Constitución de 1980 la atribución que le concedía la Carta de 1925 en su art. 43 N° 1 al Congreso para pronunciarse, anualmente, sobre la forma como se habían invertido los fondos del Estado. Si bien esta facultad del Congreso se ejercía de un modo muy somero, y por ello la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, a proposición de don Jaime Guzmán acordó suprimirla, debe tenerse presente que, a cambio de ello, el Congreso debe ocuparse de vigilar la real vigencia de la más extrema legalidad en todo acto que implique gasto público, y
- e) Finalmente, la legalidad del gasto público fue ratificada por la Carta de 1980 al incluir, como lo hacía la Constitución de 1925, en el art. 89, Capítulo de la Contraloría General de la República, el precepto que obliga a las Tesorerías a verificar

la ley que autoriza cada egreso. Además, por primera vez, se menciona en la Carta el trámite de la Refrendación, que forma parte del proceso especial de toma de razón de los actos administrativos que ordenen gastos públicos.

III. LEY DE ADMINISTRACION FINANCIERA DEL ESTADO

La regulación institucional del gasto público, desde que la ley lo autoriza hasta que la Administración lo ordena y se cumple precisa, por su naturaleza tan especial, de una rigidez que cautele, en plenitud, su procedencia, oportunidad y destino. Pero no se piense que el Poder Ejecutivo, en razón de esa necesaria rigidez, está o puede estar en situación de incapacidad jurídica o de imposibilidad fáctica para afrontar o enfrentar gastos especiales que no fueron expresa o específicamente previstos por el legislador o que derivan de emergencias en que resulta indispensable el empleo de fondos del Estado.

En primer término, recuerdo que el N° 22 del art. 32 de la Constitución de 1980, tomado del art. 72 N° 10 de la Carta de 1980 modificada sobre esta materia en 1943, junto con entregar al Presidente de la República el cuidado de la recaudación de las rentas públicas y la atribución de decretar su inversión *con arreglo a la ley*, lo faculta para decretar, con la firma de todos sus Ministros, pagos *no autorizados* por la ley, "para atender *necesidades impostergables* derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional (frase nueva en la Constitución de 1980) o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin grave perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos..." Obsérvese que las eventualidades que contempla el texto son claramente genéricas, de modo que el Poder Ejecutivo goza de una poderosa facultad para hacer frente a los efectos de situaciones de excepción que demanden gastos que no pudieron ser previstos por el legislador. Este es el instituto constitucional conocido como "emergencia económica".

Pero esto no es todo. La Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, primitivo Decreto Ley N° 1.263 de 28 de Noviembre de 1975, modificado por los Decretos Leyes Nos. 2341, 2223, 3001, 1605 y Leyes 18.689, 18.768, 18.899, entre otros

textos, contempla en su art. 28 algunas facultades para el Poder Ejecutivo que transcribo:

Artículo 28°. El ejecutivo podrá ordenar pagos, excediéndose de las sumas consultadas en los rubros correspondientes, en los casos que a continuación se indican:

- 1° Para el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas dictadas por autoridad competente.
- 2° Para devolver impuestos, contribuciones y derechos que el Estado debe reintegrar por cualquier causa.
- 3° Para atender el servicio de la deuda pública.
- 4° Para pago de jubilaciones, pensiones y montepíos y, en general, gastos de previsión social.

Los excesos a que se refiere el inciso precedente, deberán ser financiados con reasignaciones presupuestarias o con mayores ingresos.

No existen en este texto legal, ni en otros, preceptos que otorguen al Poder Ejecutivo una mayor amplitud o mayores facultades para decretar, resolver o realizar gastos públicos. La llamada "flexibilidad presupuestaria" no excede los términos de la normativa recordada del Decreto Ley 1.263, ni basta para fundar en ella atribuciones para realizar gastos que ni expresa ni específicamente hayan sido autorizados por la ley.

Un examen de algunos preceptos, además del anotado, del Decreto Ley 1.263 modificado permite recordar:

- a) que el artículo 4° reitera que todos los gastos del Estado deberán estar contemplados en el Presupuesto del Sector Público.
- b) que el art. 19 establece que los presupuestos de gastos son estimaciones *del límite máximo* a que pueden alcanzar los *egresos* y compromisos públicos; y
- c) que el art. 26 inciso 2° preceptúa que sólo por ley podrá autorizarse el traspaso de fondos *entre diferentes Ministerios*.

Además, cabe consignar que el Decreto Ley 1263 derogó expresamente la Ley Orgánica de Presupuesto (D.F.L. 47 de 1959), de modo que no existe un texto especial que regule jurídicamente la confección del proyecto anual de Ley de Presupuestos.

CONCLUSIONES

Para una acertada dilucidación de las cuestiones que me han sido planteadas, debo señalar algunos elementos de juicio que para este informe son relevantes:

- 1) Como ya se ha anticipado en la redacción, una resolución acerca de si los gastos públicos debieran estar o no específicamente contemplados en la ley o si basta en ella una descripción genérica, me lleva a sostener que por su naturaleza, por las características del acto administrativo sobre gastos del Erario, por la significación de los sistemas de control jurídico y fiscalización de esos gastos y, además, por las características de la evolución del Derecho chileno en esta materia, sólo es dable sostener que las autorizaciones legislativas para decretar y resolver gastos públicos deben ser específicas, especiales, nunca genéricas o generales. Como ya anoté, la excepción la constituye la autorización dada al Presidente de la República en los casos de "emergencia económica" contemplados en el N° 22 del art. 32 de la Constitución, y
- 2) Dado que la Constitución exige que *toda* modificación a la Ley de Presupuestos sea materia de ley, y no sólo los suplementos a Partidas o Items, debe entenderse que no hay excepciones a una regla general en que el Constituyente nada marginó de su preceptiva. En consecuencia, las Partidas, Capítulos, Programas, Subtítulos, Items, Glosas y las cantidades y menciones que correspondan, de la Ley de Presupuesto, no pueden ser objeto de modificaciones sin ley. No se me escapa que una interpretación estricta del precepto constitucional recordado puede producir dificultades en el manejo presupuestario; pero, es preferible seguir la letra, por rígida que sea, de la Constitución antes que abrir la puerta a la mera voluntad del administrador en un ámbito tan extremadamente sensible, desde todo ángulo, como el gasto fiscal.

Con los antecedentes relacionados, concluyo:

- 1° Que el poder Ejecutivo no puede exceder los gastos autorizados por la Ley de Presupuestos, aún cuando se produzcan o puedan producirse mayores ingresos, sin autorización legislativa expresa;
- 2° Siendo las "glosas" de la Ley de Presupuesto, parte integrante de éste y meros "comentarios y explicaciones" de los ingresos o gastos, sin vida jurídica propia y sin que pueda constituir por sí sola una nueva autorización de gasto, sus montos, cuando los hubiere, son texto legal y sólo pueden modificarse por ley, y
- 3° La glosa 7 de la Partida Tesoro Público, Operaciones Complementarias, Subtítulo 25, Ítem 33, asignación "*pudiendo efectuarse aportes* a organismos del sector público definido en el Decreto Ley N° 1263 *que determina* el Ministro de Hacienda", carece de validez jurídica y es nula conforme al art. 7° de la Constitución. En efecto, el legislador ha efectuado una especie de "delegación de facultades propias de la ley, gasto público", que merece los siguientes reparos:
 - a) Ir en una "glosa" de la Ley de Presupuestos lo que es inadecuado en técnica legislativa, por la naturaleza de la glosa. Un precepto sustantivo, salvados los demás defectos, sólo podría ir en el articulado de la ley;
 - b) Se establece una delegación de potestad legislativa en el Ministro de Hacienda lo que, como ya se dijo, sólo puede hacerse en el Presidente de la República;
 - c) No se señalan las materias precisas sobre las que recae la delegación, puesto que la autorización de gastos es genérica dentro de determinados organismos. Una preceptiva de esta naturaleza debería contener, a lo menos, la designación concreta de cada Servicio Público, el monto máximo de cada aporte y su destino u objetivo.